

# Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal

Enrique ANARTE BORRALLLO

## I. INTRODUCCION

A. En un trabajo reciente<sup>1</sup> he tratado de demostrar que lo que podríamos denominar Derecho penal de la Sociedad de la Información constituye una tendencia en algunos puntos asimilable a lo que también con eufemismo se ha llamado Derecho penal del riesgo, y que en ambos casos se trata, en su conjunto, de procesos expansivos de la intervención penal y desformatizadores de sus presupuestos de responsabilidad<sup>2</sup>. Aquí me propongo, más específicamente, desbrozar, sobre todo desde la perspectiva de la delincuencia informática, el alcance de una de las figuras que pueden vincularse con esa tendencia, aunque en la misma, tales rasgos, aparezcan más diluidos. En particular el objeto central del trabajo será el primer inciso del artículo 197.1, que será considerado particularmente en lo que concierne al tipo objetivo. No obstante, en la medida que dicha tarea se subordina al propósito antes indicado, dicho análisis se lleva a cabo fragmentariamente, incidiendo en cuestiones específicas. Sólo como complemento se abordarán otras figuras y previsiones incluidas en el Capítulo receptor.

En cuanto a los supuestos del número 2 del artículo 197, que constituyen los arquetipos de dicha delincuencia, y, de hecho, se les asigna con frecuencia la denominación "delito informático"<sup>3</sup>, serán

abordados en la Segunda Parte de este trabajo<sup>4</sup>, en la que también se incluirán consideraciones más detalladas sobre el bien jurídico protegido y las relaciones de todos estos delitos contra la intimidad, contemplados desde la perspectiva informática, con esas características del llamado Derecho penal de la Sociedad de la Información.

B. Los preceptos indicados se inscriben en el Título X ("De los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen<sup>5</sup> y la inviolabilidad del domicilio"), concretamente en el capítulo I ("Del descubrimiento y revelación de secretos"). Las modificaciones producidas por el Código de 1995<sup>6</sup>, respecto de la regulación precedente, calificada de insuficiente, anacrónica<sup>7</sup> y desfasada con relación a los adelantos de la técnica<sup>8</sup>, han sido elogiadas por su actualización y ofrecer, por primera vez, una tutela global de la intimidad y no só-

<sup>4</sup> Al respecto, sólo quiero adelantar la conveniencia de plantear también en ese caso una interpretación restrictiva del tipo —como la que plantean Jareño Leal/Doval Pais, "Revelación de daños personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero, sobre el delito del artículo 197.2)", *La Ley*, 1999, págs. 1672-1680, que, como la que se propone en esta Primera Parte, no se baste con la idea de que lo que colma en términos típicos el ataque al bien jurídico protegido es la cualificada dirección de la voluntad que se requiere. Además, se precisa la concurrencia de momentos objetivos también conectados y expresivos de la lesión del bien jurídico.

<sup>5</sup> Con razón, se califica de innecesaria la referencia a la propia imagen. Así, Morales Prats, en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2001, págs. 961 s., 971 s. Parecido, e indicando que los ataques a la imagen punibles deben comportar la de la intimidad, Marchena en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995 Comentarios y jurisprudencia*, 1999, Granada: Comares, pág. 1097; Rodríguez Ramos, "Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal. Libro II, Título X, Capítulo I, Arts. 197 a 201", *CDJ*, 1998/1 (monográfico "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, I"), pág. 228, 231. De ese modo, a mi juicio, la protección de la propia imagen, se debe contraer a aquellos casos en que los hechos se llevan a cabo en espacios y circunstancias que ponen de manifiesto una clara naturaleza de intimidad (en esta línea, Orts/Reig, como en la nota 23, pág. 20).

Sobre algunas cuestiones del debate parlamentario cfr. Baon, "Visión general de la informática en el nuevo Código Penal", *CDJ*, 1996/XI, págs. 92-97. Para algunos de los textos pre-legislativos, cfr. Boix Reig, "Protección jurídico-penal de la intimidad e informática", *PJ*, número especial (ver nota 3), págs. 30-34, ofreciendo una serie de criterios generales, entre los cuales destaca la máxima restricción de la intervención penal, que particularmente supondría el requerimiento de la efectiva lesión de la intimidad o de otros derechos fundamentales (pág. 34 s.) y reclamando que la intervención penal se diera solo en casos muy contados (pág. 29). Llamando especialmente la atención acerca de que la naturaleza fundamental de un derecho no tiene que suponer necesariamente su protección penal, Gómez Benítez, "La protección penal del derecho a la intimidad" (texto original de 1994), ahora en el mismo, *Estudios penales*, 2001, Madrid Colex, págs. 319 s.

<sup>6</sup> Al respecto cfr. Boix, como en la nota 6, págs. 18 s.

<sup>7</sup> Carbonell Mateu/González Cussac, en Vives (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen I, 1996, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 991.

<sup>1</sup> "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal de la Sociedad de la Información", en *Derecho y Conocimiento. Anuario jurídico para la Sociedad de la Información*, 1 (2001).

<sup>2</sup> Esta característica del Derecho penal del riesgo la detecta prácticamente toda la doctrina de forma más o menos explícita. La divergencia tiene un alcance valorativo. Resumiendo: si esa tendencia debe ser aplaudida e incluso impulsada, o si es un imperativo sistémico (dicho de otra forma, actualizando el llanto de Radbruch: una amarga necesidad); o, también críticamente, pero sin tanta resignación, debe ser rechazada contundentemente.

<sup>3</sup> Aunque en general la doctrina se muestre reacia a tan unilateral significación: sobre esta cuestión cfr. Bueno Arus, "El delito informático", *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 11 abril 1994; Davara, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona: Aranzadi; González Rus, "Tratamiento de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", *PJ*, número especial IX, monográfico Nuevas formas de delincuencia, págs. 39-52 (40 s.); Martín-Casallo López, "El delito informático", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, 1999/IV, págs. 367-385, en especial 368-370; Ruiz Vadillo, "Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica", *PJ*, número especial IX, cit., págs. 53-79 (en especial, 57-60, centrándolo la gravedad del problema de la delincuencia informática en los ataques contra la intimidad). Prefieren la denominación "delitos contra la intimidad mediante el uso de la informática y de las telecomunicaciones", Carbonell Mateu/González Cussac, en Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, *Derecho Penal. Parte especial*, 1999, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 290).

lo de una esfera limitada al secreto<sup>9</sup>. Sin embargo, se prodigan las críticas a la sistemática elegida para organizar el Capítulo, que se considera demasiado casuístico y prolijo<sup>10</sup> o bastante caótico y desconcertante<sup>11</sup>.

C. Aunque luego sigamos otro orden expositivo, para una visión de conjunto y a grandes rasgos del Título el sumario de figuras típicas se puede intentar partiendo de las que implican revelación de secretos. De éstas, unas son más específicas y abarcan tanto la revelación de secreto profesional (art. 199.2) como la de secretos conocidos por razón de oficio o relación laboral (art. 199.1). El sentido de este precepto se comprende rápidamente cuando se alude a la clasificación doctrinal<sup>12</sup> de los preceptos contra la intimidad distinguiendo quebrantamientos de secretos profesionales, entre los que se incluirían los del artículo 199, y quebrantamientos de secretos no profesionales, entre los que se incluirían los casos del 197.

En este último, se contempla, por una parte, la revelación o cesión de secretos penalmente protegidos como variante cualificada del descubrimiento (art. 197.3), que afecta a quienes han intervenido en el mismo y después difunden, revelan o ceden el secreto. Y, por otra, una especie parecida a una receptación no lucrativa<sup>13</sup> consistente en la revelación de secreto respecto de terceros ajenos al descubrimiento (art. 197.3 in fine).

Propiamente descubridoras son las variadas figuras del 197.1 y del 197.2, que protege especialmente el habeas data.

A partir de aquí, se contemplan una serie de agravantes o variantes extensivas de la responsabilidad, que en general afectan a las modalidades reveladoras y descubridoras del artículo 197: así, como agravantes respecto de los números 1 y 2 del artículo 197 y de la reveladora del 197.3, la cualificación subjetiva del número 4 del artículo 197 en caso de que el responsable encargado o responsable de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros. Igualmente agravatoria respecto de las modalidades que le preceden ordinalmente, la número 5, ahora por razón del objeto, esto es, el carácter especialmente sensible de ciertos datos o la condición de menor o incapaz de la víctima. De carácter teleológico (y siendo eficaz respecto de los números 1 a 5 del art. 197) es la que contempla específicamente la finalidad lucrativa del 197.6. Asimismo, se contempla también una agravación por la condición pública del sujeto activo en el artículo 198 que afecta a todo el artículo 197, limitada a los casos en que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa por delito y prevaliéndose de su cargo.

La extensión de la responsabilidad se subraya en

<sup>9</sup> Carbonell/Gonzalez Cussac, como en la nota 8, pág. 992.

<sup>10</sup> Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial*, 2001, Valencia: Tirant lo Blanch, pag. 243.

<sup>11</sup> Crítico en general con los desajustes sistemáticos del Título, Polaino Navarrete, en Cobo del Rosal (Dir.), *Curso de Derecho Penal español Parte especial*, I, 1996, Madrid: Marcial Pons, pág. 396.

<sup>12</sup> Por ejemplo, Rodríguez Ramos, como en la nota 5.

<sup>13</sup> Véase *infra*, nota 94 y texto.

el artículo 200, aunque ahora en sentido horizontal, que abarca los descubrimientos, revelaciones o secretos de personas jurídicas, no contemplados en otros preceptos del Código, esto es, con carácter residual.

D. Especialmente significativa, y pudiendo adquirir para la perspectiva elegida un sentido más acusado, es la exigencia legal de que falte el consentimiento. Así lo especifican el número 1 del artículo 197 y en el 200 (que como se dijo tiene un alcance general respecto de todas las modalidades contempladas en el capítulo). En estos casos, está claro que, de no concurrir dicho consentimiento, debe excluirse el tipo<sup>14</sup>.

Parece claro que la misma conclusión se debe extraer en el caso del número 2, porque la referencia a "sin estar autorizado", sin perjuicio de otras funciones, comporta también el requisito de que no concorra el consentimiento. Para los demás casos, hay que buscar otra fundamentación. En definitiva, esto remite a la teoría general del consentimiento, considerada autónomamente y/o, más aún, en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

E. Para terminar con esta introducción, antes de empezar con ese análisis selectivo, me parece conveniente traer a colación la indicación, a propósito del delito de interceptación de comunicaciones, de que «quedan fuera de él otras formas de captación del sonido, como escuchar tras la puerta o escondido en algún lugar»<sup>15</sup>. Esta observación, pese a su especificidad, pone en evidencia que la protección penal de la intimidad frente a accesos es, como no podía de otra manera, fragmentaria<sup>16</sup>, y así, aunque el curioso o el espía hayan alcanzado del modo indicado la intimidad de quienes detrás de la puerta se confiesan sus debilidades, no han descubierto un secreto en sentido penal. Resulta llamativo que si el curioso porta una grabadora, entonces, (y para ello suele invocarse la virtualidad de la difusión, y por lo tanto la potencial lesión masiva de la intimi-

<sup>14</sup> En este sentido, Agustín Jorge Barreiro, en Rodríguez Mourullo (Dir.)/Jorge Barreiro (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, Madrid: Civitas, pág. 566. En algunos casos la doctrina ha avanzado algunos casos problemáticos, como, para el delito de interceptación de telecomunicaciones, el supuesto de que haya varios interlocutores y uno la consienta. Muñoz Conde (como en la nota 10, pág. 248, donde por cierto habla del consentimiento como causa de justificación) cree que el hecho no sólo es punible para el tercero sino que cabe coautoría o participación del que consiente. En cambio, Carbonell/Gonzalez Cussac, como en la nota 4, pag. 258, sostienen que el descubrimiento por uno de los titulares de los secretos compartidos no es típico. Dudo, aunque reacio a la tipicidad, Ruiz Marco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, 2001, Madrid: Colex, pág. 75. La STC 114/1984 afirma que no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige y que sobre los comunicantes no pesa el deber de secreto sino en su caso un específico deber de reserva. Por su parte, la SAP Madrid 15-4-1999 (recogida al completo por Ruiz Marco, *cit.*, pag. 173-184) reafirma dicha doctrina negando tanto la violación del secreto como la de la intimidad (esto por versar la entrevista sobre datos profesionales) y con ello la atipicidad de los hechos respecto del artículo 197 núms. 1 y 3. En mi opinión, aunque indirectamente, el alcance de los delitos de quebrantamiento de secretos (art. 199 1 y 2) refuerza indirectamente la inviabilidad de la tipicidad de los supuestos indicados.

<sup>15</sup> Muñoz Conde, como en la nota 10, pág. 247.

<sup>16</sup> Subraya esto de Vicente Remesal, "Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos", *PJ*, 17(1990), sobre todo, pág. 164 s, 170.

dad, la insidiosidad del medio o ambas cosas) su conducta deviene punible, aunque no llegue a difundir lo que escuchó. De alguna manera, pues, es preciso, y no sólo para los casos del artículo 197.2, que el medio de ataque al bien jurídico protegido sea especialmente insidioso<sup>17</sup>, lo que muchas veces viene de suyo tratándose de instrumentos tecnológicos avanzados (por ejemplo, la filmación o grabación clandestina en lugares cerrados, pero también desde fuera a distancia<sup>18</sup>), pero, aparte de no caer en un talante de criminalización generalizada de tales medios, el ataque debe ser de aquellos que el legislador ha contemplado en el tipo, precisamente por ese carácter fragmentario. Este se manifiesta, además, en la opción legislativa de castigar penalmente sólo ataques dolosos y, como dato externo al Código, en la existencia de mecanismos de tutela extrapenales, de los que ya es clásica la protección proporcionada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

## II. EL PRIMER INCISO DEL NUMERO 1 DEL ARTICULO 197. APODERAMIENTO DOCUMENTAL Y ASIMILADOS

A. El número 1 del artículo 197 reúne, amenazándolas con la misma pena de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses, tres<sup>19</sup> conductas tendenciales<sup>20</sup> alternativas, cuya conexión es, no obstante, irregular<sup>21</sup>: el apoderamiento de papeles, cartas, correo electrónico o cualquiera otros documentos o efectos personales de otro; la interceptación de sus telecomunicaciones; y la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

En este precepto, que, como se dijo, sólo será objeto de comentario fragmentado, se aprecia la incomodidad del legislador con los materiales tecnológicos<sup>22</sup>, pues cae en reiteraciones<sup>23</sup> e imprecisiones innece-

sarias, lo que, en particular, con relación a los dos últimos incisos, provoca dificultades interpretativas que invitan a «inclinarse por una simplificación de los comportamientos típicos en aras de una mayor taxatividad y seguridad jurídica»<sup>24</sup>. En este sentido, podría alegarse que la interceptación conlleva la utilización de artificios técnicos de los indicados<sup>25</sup> y que los correos electrónicos y telecomunicaciones no suponen sino señales de comunicación<sup>26</sup>.

B. En el texto legal, es el nomen del Título, y sólo subordinadamente<sup>27</sup> el del capítulo, lo que permite poder afirmar que el bien jurídico protegido es la intimidad<sup>28</sup>, aunque el sentido preciso de lo que la misma sea, y en especial el alcance que pueda tener para el Derecho penal sea una cuestión debatida (por ejemplo, si coincide con la privacidad o se refiere sólo a algunos aspectos de la vida privada, singularmente los que tengan la consideración de *secretos*<sup>29</sup>). El significado de la intimidad constituye un elemento clave en la determinación del ámbito típico del artículo 197.1, en la medida en que éste presupone un ataque a dicho bien jurídico, que, por lo menos, se plasma *abiertamente* en la exigencia de un elemento subjetivo, y en la necesidad de que los objetos sobre los que recaen las diversas acciones sean relevantes para la intimidad<sup>30</sup>. Sin embargo, no me detendré en ello especialmente, por ahora, para no demorar la consideración de los delitos implicados<sup>31</sup>. De manera que por el momento bastará con afirmar que el bien jurídico es la intimidad y que, aunque su alcance y configuración sea especialmente sutil, dinámico y heterogéneo<sup>32</sup>, al menos

incluidas en el número 1 encajarían también en el apartado siguiente.

<sup>17</sup> Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 26.

<sup>18</sup> En este sentido Queralt, *Derecho Penal Parte Especial*, 1996, Barcelona. J.M. Bosch, pag. 185 y, como él Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 567. No obstante, cfr. Morales como en la nota 5, pag. 970 s.

<sup>19</sup> No obstante, aunque así fuera, las primeras conductas alternativas tienen un valor indicativo privilegiado respecto del que pueda ofrecer la tercera, que, desde la perspectiva indicada, se comportaría como una cláusula de cierre para evitar las lagunas de punibilidad, aunque es lo suficientemente productiva como para impedir que sin una acción física dirigida a obtener los datos secretos —Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 24. En mi opinión, al margen de la orientación subjetiva, o si se prefiere dependiente solo de la dirección que le quiera marcar y le marque el autor, habría que darle a la expresión que he destacado un alcance objetivo— (y a difundirlos) e incluso para poner la barrera de lo punible en la “utilización” que sin duda supone algo más que la instalación que no supone necesariamente la puesta en marcha.

<sup>20</sup> En cambio, parece plantear esta relación entre los conceptos implicados (intimidad y secreto) de forma acumulativa, Muñoz Conde, como en la nota 10, pag. 242.

<sup>21</sup> Por todos, Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 197.

<sup>22</sup> Al respecto, baste, por ahora, Orts/Roig, como en la nota 23, págs. 20-23, trayendo a colación las diversas esferas de la intimidad que la doctrina alemana reconoce según las personas a las que se revela un aspecto personal privado, de confianza y secreto.

<sup>23</sup> Sobre esto vease inmediatamente infra. En todo caso, conviene destacar el decidido propósito del legislador de ampliar el objeto.

<sup>24</sup> De todos modos, conviene recordar la naturaleza constitucional y fundamental del derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3).

<sup>25</sup> Al respecto, cfr. Romeo Casabona, “El Derecho Penal y las nuevas tecnologías”, *Revista del Foro Canario*, 87 (1993), págs. 197 s. (similar, ya antes, el mismo, “Tendencia actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, *PJ*, 31 (1993), págs. 164 s.)

<sup>17</sup> Vid. al respecto Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 568; de Vicente, como en la nota 16, pag. 166. Por su parte, Morales, como en la nota 5, se refiere a medios de ataque más ciertos, penetrantes y constantes, que pasan inadvertidos a la víctima; de Vicente, como en la nota 16, pag. 166.

<sup>18</sup> Vid. Morales, como en la nota 5, pag. 972.

<sup>19</sup> Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 995, las reducen a dos: apoderamiento para revelar e interceptación de comunicaciones. También Muñoz Conde, como en la nota 10, pag. 245-248.

<sup>20</sup> Reconducibles a la única tendencia vulneradora de la intimidad (Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 569).

<sup>21</sup> En efecto, se puede establecer una clara separación (así, Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 566) entre los apoderamientos documentales del número primero, por una parte, y las modalidades segunda y tercera que presuponen la utilización de medios tecnológicos de control auditivo o visual (si bien en el primer caso se emplean específicamente para interceptar señales codificadas analógica o digitalmente), y por ello una diferencia valorativa, pues en dichas modalidades se contemplan unos ataques al bien jurídico protegido más insidiosos que el mero apoderamiento de papeles (cfr., en este sentido, Morales, como en la nota 5, pag. 966).

<sup>22</sup> Morales, como en la nota 5, pag. 965 habla de una «atormentada e inacabable redacción».

<sup>23</sup> Así, con reservas, Orts Berenguer/Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos ocultos cometidos a través de la informática*, 2001, Valencia Tirant lo Blanch, pag. 24, que además resalta otra reiteración externa, porque algunas de las acciones

para este precepto, se centra en los aspectos más reservados, privados y personales del sujeto, cosa que no impide que, en ocasiones, pueden llegar a tener relevancia datos económicos o empresariales, pero sólo en tanto que revelen aspectos de la vida privada, a partir de los cuales pueda ésta ser reconstruida<sup>33</sup>. No obstante esta elemental premisa se pueden obtener conclusiones hermenéuticas útiles. Por de pronto, se debe precisar que en el sujeto pasivo del delito deben coincidir las cualidades de titular del soporte con la de titular del secreto<sup>34</sup> (esto es, la intimidad, de modo que aquí no se produce disociación entre el titular del secreto y titular del bien jurídico)<sup>35</sup>.

C. Así, en primer lugar, se ha planteado que el objeto sobre el que recae la acción debe contener datos que tengan relevancia para la intimidad, lo que ciertamente presupone la distinción que se puede formular “entre el secreto y el objeto que se materializa”<sup>36</sup>. Dicho de otra manera, el objeto en cuestión debe poseer cierta capacidad para representar suficiente y certeramente el bien jurídico protegido —y por lo tanto para que la conducta que recaiga sobre el mismo lo pueda lesionar—. Cuando ello no ocurre, falta el objeto genuino del delito y por lo tanto el tipo no puede realizarse, lo que, en los casos de los delitos colacionados habría hoy<sup>37</sup> de dar lugar a la calificación de tentativa absolutamente inidónea impune<sup>38</sup>. Consecuentemente, papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, documentos, efectos *personales* de los que el sujeto activo se apodera, deben incorporar elementos vinculados (o, por lo menos, vinculables) con la intimidad. Esto descartaría la opción, manejada por una parte importante de la doctrina autores<sup>39</sup> y algunas decisiones judiciales<sup>40</sup>, de que cualquiera de esos objetos, en tanto reúna la condición referida en el tipo y sea imputables, cualquiera que sea su contenido, incluso si es trivial, es típico<sup>41</sup>.

Naturalmente, en la medida en que el objeto deba reunir esa propiedad, el sujeto deberá conocerla y, si no la conoce, incurrirá en un error con relación al

tipo del número 1 del artículo 197, como ocurre por ejemplo si el autor cree que el documento o la conversación es inocua desde el punto de vista de la intimidad y luego resulta que sí es lesivo.

D. Aún no siendo absolutamente independientes, por la conexión que el secreto tiene con el bien jurídico protegido<sup>42</sup>, creo que deben separarse del requisito de idoneidad lesiva para la intimidad comentado, la exigencia de que el objeto incorpore o se refiera a datos o hechos secretos<sup>43</sup>, lo que debe entenderse como conocimiento reservado a un número limitado de personas y oculto a otras<sup>44</sup>, en particular el sujeto activo, que por lo tanto debe desconocer el secreto<sup>45</sup>.

E. Hasta aquí suele existir acuerdo en la doctrina, que, por otra parte, de forma prácticamente unánime<sup>46</sup> rechaza la necesidad para la consumación de que el autor llegue a tener conocimiento efectivo de algún aspecto entrañable. En algún caso, desde esta consideración se explicita que se debe calificar a estos delitos como de peligro, bastando la amenaza y no el menoscabo real del bien jurídico<sup>47</sup>. De forma parecida ya con el Código anterior se señalaba<sup>48</sup> que el bien jurídico es de tal sensibilidad que no es necesaria su infracción, pues su simple probabilidad, *casi* segura, es suficiente, tiene significación y relevancia y no exige que, real o efectivamente, los secretos se hayan descubierto, indicando que el delito, sólo en ese sentido, se consuma anticipadamente o mejor que queda consumado, pero no *agotado* si el sujeto no descubre el secreto. En consecuencia, se afirma que el tipo en cuestión se

<sup>33</sup> Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 59, criticando la SAP Málaga 2-3-1999 que desconoce esta posibilidad.

<sup>34</sup> Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 997 s; Muñoz Conde, como en la nota 10, 245; Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 24.

<sup>35</sup> Ver Bajo Fernández/Díaz-Maroto, *Manual de Derecho penal. Parte Especial Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 1995, Madrid: Ceura, págs. 156 y 160.

<sup>36</sup> Por todos, Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 997.

<sup>37</sup> Respecto del Código anterior decía Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Parte especial*, 1986, Barcelona: Ariel, pag. 107, que si se sigue una tesis subjetivista sobre las formas imperfectas se podría plantear el delito imposible (art. 52, 2 antiguo Código).

<sup>38</sup> Al respecto, véase, recientemente, Doval, *La penalidad de las tentativas de delito*, 2001, Valencia: Tirant lo Blanch, sobre todo pag. 47-48.

<sup>39</sup> Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 996: es irrelevante que no haya nada que conocer, lo que les da pie para afirmar que son posibles las formas imperfectas.

<sup>40</sup> Por ejemplo, las SSAP Ciudad Real 25-11-1999 y Lerida, 28-2-2000. No estaría, en cambio, clara la posición del Tribunal Supremo (cfr. Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 30).

<sup>41</sup> Como aquí en lo fundamental Orts/Roig, como en la nota 23, págs. 20 y 29 s, insistiendo en que el artículo 197.1 no será aplicable cuando la información secreta se refiera a otras esferas distintas de la intimidad personal o su familia, tengan relevancia penal (arts. 278 ss, 598 ss) o no.

<sup>42</sup> Bajo/Díaz-Maroto, como en la nota 35, pag. 155 s.

<sup>43</sup> Lo exige pero presentándolo alternativamente a la referencia a la intimidad, Mata y Martín, como en la nota 46, pag. 129.

<sup>44</sup> Antes, Bajo/Díaz-Maroto, como en la nota 35, pag. 160. Ahora Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 997.

<sup>45</sup> Si no me equivoco, en este sentido, Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 997, al indicar que secreto es todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto activo no quiera que conozca, aunque añaden que será irrelevante que, una vez descubierto, el sujeto lo conociera ya lo conociera previamente: la confirmación del mismo constituye una conducta típica. Por otra parte, sobre contenidos “notorios”, cfr. Bajo, como en la nota 35, 155 s, 163.

<sup>46</sup> Así, Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 995 s: se consuma con el mero apoderamiento para descubrir, entendiéndose por tal, con la jurisprudencia, la aprehensión u obtención ilícita y la retención de lo recibido por error resultando irrelevante que se llegue a conocer o no (para estos autores esta interpretación incluso se ve ahora más claramente en tanto que el precepto abarca tanto el clásico apoderamiento para descubrir como el apoderamiento para violar la intimidad, con lo que basta para la consumación la intromisión no consentida en la intimidad de una persona física); Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 569; Mata y Martín, *Delincuencia informática y Derecho Penal*, 2001, Madrid: Edisofer, pag. 129; Morales, como en la nota 5, pag. 967; Muñoz Conde, como en la nota 10, pag. 246; Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 20 (también pag. 29), pese a haber afirmado previamente que «para la concurrencia de esta infracción [el art. 197.1] es necesaria la causación de una ofensa a ese derecho»; Polaino Navarrete, como en la nota 11; Rodríguez Ramos, como en la nota 5, *passim*, en particular, al clasificar los delitos contra la intimidad entre aquellos que protegen el secreto por razones materiales o de contenido y los que protegen el secreto por razones formales o procesales, entre ellos el artículo 197.1. Respecto, del Código anterior, entre otros, Bajo/Díaz-Maroto como en la nota 35, pag. 161; Cobo del Rosal, “Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro”, *ADPCP*, 1971, pag. 677 ss; Manzanares Samaniego, “El artículo 497 del Código Penal”, *ADPCP*, 1978, pag. 311.

<sup>47</sup> Mata y Martín, como en la nota 46, pag. 129.

<sup>48</sup> Así, Cobo del Rosal, como en la nota 46, pag. 677 ss.

consume, por ejemplo, con el apoderamiento del soporte. Es unánime no obstante, como no podía ser de otro modo, la afirmación de que no es necesaria la difusión o revelación de los secretos, que sólo constituye una forma agravada (véase infra).

F. Dado que la descripción legal de la acción adolece de cierta imprecisión, se plantea si la captación visual del mensaje contenido en la pantalla del ordenador es punible. Frente a la tesis afirmativa<sup>49</sup>, que supone cierta normativización del concepto de apoderamiento<sup>50</sup>, creo que debe primar la negativa, porque aunque el verbo típico (apoderarse) permite, variedades semánticas metafóricas (así, se puede decir que la violencia se apodera de los hombres o que por la noche no se le apoderen los nervios, o apoderarse de la situación o que un sol de castigo se apoderó del barrio entero<sup>51</sup>), éstas no deben ser el vehículo normal de comunicación penal. De manera que, para este caso, el hecho de que el sujeto esté en contacto, si bien sólo visual, no sólo con el soporte, sino con los datos y que, por ello, menoscabe el bien jurídico protegido, no resulta suficiente, porque no lo hace en la forma típica, que es la del apoderamiento, que implica una acción inequívoca de aprehensión física dirigida a tomar el soporte y obtener los datos secretos<sup>52</sup>. El hecho de que el legislador haya empleado, en este mismo número 1, un término específico como interceptar, pese a que también significa apoderamiento, podría ser demostrativo precisamente de que sentidos más difusos y eufemísticos no son abarcados y que necesitan ser contemplados expresamente. Por lo tanto, si el sujeto activo, con el propósito de vulnerar la intimidad de otro, se acerca a un ordenador, que está encendido, leyendo y memorizando el contenido, el hecho como tal queda fuera del alcance del artículo 197.1<sup>53</sup>.

G. En relación con el apoderamiento la doctrina y la jurisprudencia consideran que el tipo abarca también la *retención*<sup>54</sup>, aunque, por lo menos el sujeto debe llevar a cabo alguna acción positiva de quien recibe la cosa para que esté bajo su dominio<sup>55</sup>.

H. En mi opinión, no obstante, el tipo objetivo en este delito va más allá, de manera que las diversas acciones punibles comportan el efectivo descubrimiento (que no la divulgación) de la intimidad por parte del autor o autores, lo que, por ejemplo, se lleguen a captar sonidos o imágenes<sup>56</sup>.

Ciertamente, el tenor del verbo típico dificulta una interpretación como la que se propone, porque, en

principio, parece que implica acciones no directamente descubridoras de ámbitos íntimos, sino simplemente un contacto con soportes o vías que contienen o por las que discurren contenidos confidenciales. Pero, aún así, creo que adquiere todo su sentido una versión más comprometida de tales verbos comisivos que entran en relación, de forma inescindible<sup>57</sup> a efectos de la tipicidad, no sólo con los soportes o vías citados, sino con sus contenidos —necesariamente relevantes para la intimidad y secretos, como se indicó—, lo que permite explicitar su auténtica faceta descubridora que parece ser, junto con la reveladora, el verdadero alcance de los tipos contemplados en el capítulo I, conforme se deduce de la rúbrica del mismo. Pero además de la rúbrica, creo que esta interpretación se basa también en el texto del apartado tercero, que habla de datos o hechos *descubiertos*, junto con la necesaria coordinación que debe existir entre el número 1 —por cierto, y el número 2— con el número 3.

Según esto, si el sujeto se apodera del disco (o, en principio, para los siguientes incisos, si el sujeto sólo pone en marcha el mecanismo de interceptación o los artificios de grabación), pero no llega a captar los contenidos, el hecho no se habría consumado. Esto podría suscitar cierta sensación de impunidad, pero respecto a ella podrían introducirse algunas observaciones, de las que la más importante es que probablemente estos hechos constituirían ya tentativas (cuando no otros delitos, sobre todo si los hechos son especialmente graves). Junto a ello, la invocación, cómo no, del carácter fragmentario de la protección penal, que no decae aunque los medios tecnológicos planteen numerosas incertidumbres porque su carácter insidioso y especialmente lesivo para la intimidad sólo describe una parte del fenómeno. Asimismo, que no está claro que haya que minimizar, como se deriva de la tesis mayoritaria, el alcance de las formas imperfectas<sup>58</sup> y, con ello, el de una institución tan significativa para la naturaleza subsidiaria del Derecho penal como el desistimiento.

I. Con todo ello, la distancia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo no sería tanta como la que plantean quienes defienden la consideración del tipo como delito mutilado de dos actos<sup>59</sup>, donde la vulneración de la intimidad o el descubrimiento del secreto sería, conforme a este precepto, un acto no punible, pero circunscrito en principio al dominio del autor. Por lo mismo, y en sentido inverso, evitando también el desfase, no creo que esa intencionalidad vaya referida a la revelación o difusión del secreto<sup>60</sup>, pues el

<sup>49</sup> Defendida por Morales, como en la nota 5, pag. 966 (parece que se une Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 566 s) o Segrelles, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 2000, Madrid: Marcial Pons, pag. 275.

<sup>50</sup> Polaino, como en la nota 11, pag. 398, que exactamente lo identifica con una "traslación posesoria cognitiva".

<sup>51</sup> Cfr. Seco/Andrés/Ramos, *Diccionario del español actual*, volumen I, 1999: Madrid Aguilar, 388 s.

<sup>52</sup> En sentido parecido, Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 26. Tampoco para Mata y Martín, como en la nota 46, pag. 128 es típico es supuesto comentado.

<sup>53</sup> Esta discusión guarda cierto paralelo con la que provocó la STS 3-4-1957, que consideró apoderamiento la captación mental de una documentación mediante su lectura, sin que el sujeto llegara a coger, trasladar, si siquiera a pasar las hojas. Sobre ello, cfr. Cobo del Rosal, como en la nota 46, pag. 705 ss.

<sup>54</sup> SSTS 6-10-1967, 8-3-1974.

<sup>55</sup> Bajo/Díaz-Maroto, pag. 161.

<sup>56</sup> Así Muñoz Conde, como en la nota 10 pag. 246.

<sup>57</sup> Por tal razón, el llamado apoderamiento intelectual, como por ejemplo la visualización del correo electrónico en pantalla no es punible conforme al primer inciso del artículo 197.1.

<sup>58</sup> Así, por todos, Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 560 son punibles las formas imperfectas de ejecución.

<sup>59</sup> Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pag. 996; Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 560, para todos los supuestos del artículo 197.1 Para la regulación precedente, por todos, Cobo del Rosal, como en la nota 46.

<sup>60</sup> Como plantea Muñoz Conde, como en la nota 10, pag. 246 (de forma parecida, Manzanares Samaniego, como en la nota 46, pag. 316). En un terreno puramente hipotético, que escindiría radicalmente el propósito de descubrir el secreto y el de vulnerar la intimidad, se podría decir que esta interpretación quizás sea más plausible —lo que no la haría obligada— en el caso de la primera alternativa subjetiva, pero no en el caso de la segun-

secreto se descubre y se vulnera la intimidad cuando a él accede o se entromete en ella el sujeto activo, sin necesidad de que intervengan o puedan intervenir terceros. Dicho de otra manera, incluso en lo concerniente al alcance del tipo subjetivo, la protección del secreto o de la intimidad entra en juego frente a todos, y desde luego también con relación al sujeto activo concreto que lleve a cabo el hecho<sup>61</sup>.

Para precisar más, en mi opinión, el elemento subjetivo transcrito es, como ocurre en el delito de injurias<sup>62</sup>, una manifestación del dolo directo de primer grado, lo que hace inviable la versión típica eventual-dolosa<sup>63</sup>. En resumidas cuentas, con esta interpretación se plantea la configuración del número 1 del artículo 197 como delito de resultado-lesión, donde todos los elementos del tipo objetivo, incluido el resultado deben ser abarcados por el dolo, que ha de ser directo, del sujeto.

Respecto al momento en que debe concurrir el elemento subjetivo hay discrepancias pues hay quien considera que el propósito debe ser previo o coetáneo al apoderamiento y quien entiende que si el sujeto se apodera de la carta lícitamente y luego decide abrirla con ánimo de descubrir el secreto el hecho sería típico<sup>64</sup>. Más bien, lo que ocurre en este caso es que el aspecto objetivo, el apoderamiento típico sólo se produce en el momento de abrir la carta<sup>65</sup>.

J. Para ir terminando este epígrafe, dejar anotado que no se trata de un delito resultativo, porque en principio se restringen los medios de vulneración de la intimidad precisados por el tipo, cosa que, por lo demás no cierra la posibilidad de acudir a los criterios de la teoría de la imputación objetiva para identificar para el nexa que evite, en el tipo objetivo, que la acción y el resultado parezcan meramente yuxtapuestos<sup>66</sup>. Y, finalmente, que el papel reconocido a

las causas de justificación es relativamente significativo<sup>67</sup>, cosa que no ocurre en otros delitos característicos del moderno Derecho Penal. En ese ámbito habrá de ventilarse el tratamiento de los controles llevados a cabo por el empresario en los datos disponibles en el ordenador usado por el trabajador.

### III. EL SEGUNDO Y EL TERCER INCISO DEL ARTICULO 197.1: CONTROL AUDITIVO O VISUAL CLANDESTINO

A. Al primer inciso antes analizado se añaden dos variantes comisivas que, no obstante, por su evidente relación se suelen analizar conjuntamente. Sin embargo, creo que la estrecha relación no puede ocultar que se trata de dos conductas diversas. Resulta llamativo que coincidan en la unificación algunos defensores de opciones hermenéuticas más abiertas y algunos partidarios de criterios más restrictivos. En cambio, da la impresión que las posturas matizadoras admiten mejor criterios diferenciadores. De todos modos, las dos variantes provienen de un mismo antecedente legislativo, las llamadas escuchas ilegales, que fueron incorporadas al anterior Código por la Ley Orgánica 7/1984 de 15 de octubre<sup>68</sup>. Por su parte, la LO 18/1994, de 23 de diciembre, abrió el ámbito típico a la captación de la imagen y a la interceptación de comunicaciones en general.

B. Ahora, en el segundo inciso del artículo 197.1, se contempla la interceptación de *telecomunicaciones*, también denominado, "control audiovisual clandestino"<sup>69</sup>. Como en la modalidad analizada anteriormente, la mayoría de la doctrina, dando con ello especial relieve a la exigencia típica de que el sujeto actúe «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», entiende que se trata de un delito mutilado o imperfecto de dos actos<sup>70</sup>. Esto se com-

da. Pues "vulnerar" la intimidad de otro es notablemente más fácil de concebir sin implicación de terceros. En todo caso, creo que la propuesta de estos autores es la única opción hermenéutica que abiertamente deja fuera al *hacker*. La mayoría de la doctrina entiende que el tipo subjetivo alcanza sólo al propósito de averiguar los datos de otro: Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pág. 996 s., precisando que el elemento subjetivo se amplía a la finalidad de vulnerar la intimidad y no sólo la dirigida a apoderarse de un secreto; Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 28, criticando la posibilidad de que móviles adicionales, como utilizar los datos en un proceso, puedan anular el indicado ánimo (como planteaba la SAP Málaga 2-3-1999).

<sup>61</sup> Por esa razón, el caso del cónyuge que obtiene ilícitamente la documentación acreditativa de los ingresos de su consorte al objeto de aportarlos al proceso de separación en que estaban incurridos podrá ser calificado de atípico, pero no por el hecho de que falte el *animus sciens* característico de este delito (como resolvió la SAP Málaga 2-3-1999, citada y cuestionada por Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 28), sino por otras razones.

<sup>62</sup> Efectivamente, Luzon Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, pág. 395 s.

<sup>63</sup> Coincidentes en la exclusión del dolo eventual, Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 28. Resulta llamativo que quien pretenda una carga subjetiva adicional, y por lo tanto un sustancial desfase entre lo objetivo y lo subjetivo, pese a ello, defienda la punibilidad del supuesto de dolo eventual (así, por ejemplo, Morales como en la nota 5, pag. 967 s).

<sup>64</sup> Bajo, como en la nota 35, pag. 161 s.; Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pág. 997.

<sup>65</sup> Bajo, como en la nota 35, pág. 161 s.

<sup>66</sup> No todos los criterios relacionados con la imputación objetiva, como la adecuación social, agotan en ese momento su rentabilidad para delimitar la responsabilidad. En ese sentido, Morales, como en la nota 5, pág. 969 (conforme, Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 24) apunta que los criterios de la adecuación social deben servir para fijar el alcance de lo que debe enten-

derse por secreto, si bien a mi juicio aquí más bien lo que plantea es simplemente objetivar las propiedades de un elemento específico del tipo, acudiendo a lo que «los miembros de la comunidad consideran que debe permanecer ignoto para los demás... sin que baste para su fijación la voluntad del titular de los datos o documentos» (Orts/Roig, *loc. cit.*).

<sup>67</sup> Sobre ello, Carbonell/González Cussac, como en la nota 8, pág. 998; Muñoz Conde, como en la nota 10, pag. 246 s.

Sobre ello, al margen de los manuales y comentarios, de Benito, "Comentario a la colocación ilegal de escuchas telefónicas y el consentimiento expreso o tácito de uno de los interlocutores", AJA, 1995; González Guitián, "Protección penal de la intimidad en escuchas telefónicas", en Cobo del Rosal (Dir.)/Bajo (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, T. VII. Madrid: Edersa, 1986; el mismo, "Algunas notas sobre la tipificación de las escuchas clandestinas", *Poder Judicial*, 6 (1987), pág. 9-29; Gimbernat Ordeig, "El CESID y las escuchas telefónicas", *El Mundo*, 14 de junio de 1995; Higuera Guimera, "Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, págs. 467-481 y 547-570; López Barja de Quiroga: *Las escuchas telefónicas y la prueba obtenida ilegalmente*, Madrid, 1989; Rodríguez Marín: "Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad", *ADPCP*, 1990; de Vega Ruiz, "La escucha telefónica en España", LL, 1984, de Vicente Remesal, como en la nota , 16, pag. 159-173.

<sup>68</sup> Morales, como en la nota 5, pág. 969.

<sup>69</sup> Así, para todos los casos del artículo 197.1, Jorge Barreiro, como en la nota 14, pág. 569, Morales como en la nota 5, pag. 967; Morón Lerma, "Intención del agresor y ataque a la intimidad", en Quintero/Morales (coord.), *Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, Pamplona: Aranzadi, pág. 1 621; Ruiz Marco,

pleta con el entendimiento de que, para su consumación, no se requiere el efectivo descubrimiento de la intimidad, y que, por lo tanto, a tal efecto, es indiferente que el sujeto activo acceda, en este caso mediante la interceptación, a datos íntimos y secretos, no siendo tampoco preciso que el secreto se difunda o revele —esto es, se descubra a terceros—. Pero, como en el inciso primero, creo que esta segunda variante, pese a toda su carga subjetiva, es también un delito de resultado-lesión —ni siquiera de resultado peligro—, que, en lo objetivo, se consuma en el momento en que alguien lesiona la intimidad, y ese alguien, en esta figura, es el sujeto activo. De este modo, no se agota el significado preciso del precepto, ni siquiera su alcance teleológico, afirmando sólo que la interceptación de telecomunicaciones comportará normalmente el efectivo descubrimiento de aquélla, dejando en el aire si en el caso concreto el sujeto activo debe descubrir el mensaje. En mi opinión, si no lo logra, el delito no se consuma, sin perjuicio de la responsabilidad por tentativa. Es muy sugestiva la función de hiato, de pieza de engarce o de estadio típico intermedio, que se atribuye al elemento subjetivo del injusto, pero esa función es compatible con la naturaleza de lesión del tipo. Si no se llega a reconocer esto, creo que se convierte un dato estadístico (la capacidad, virtualidad lesiva o la casi segura lesión) en un elemento típico, cuando en realidad sólo tiene como función apoyar con cierta capacidad de racionalidad determinados argumentos jurídicos. Dándose aquel presupuesto el llamado “barrido aleatorio” quedaría abarcado por el tipo<sup>71</sup>.

C. Típica es sólo la acción típica consistente en interceptar<sup>72</sup> telecomunicaciones, lo que supone, desde una lectura apegada al significado gramatical de los términos legales, comunicaciones que se están llevando a cabo. La acción por lo tanto implica que el sujeto activo capta o se apodera del mensaje, impidiendo o no que llegue a su destino. Según esto, cabe la interceptación de correos electrónicos, en tanto estos no hayan llegado al destinatario. Si esto ha ocurrido, entonces, esté el correo impreso o ya registrado en el sistema informático del destinatario —incluidos los discos en que haya podido ser grabado, entraría en juego el primer inciso del precepto<sup>73</sup>. Por lo demás, aunque esto no se derive directamente del texto, sino del propio significado usual y más preciso del término, la acción de interceptar está necesariamente vinculada con el empleo de medios necesariamente técnicos y apropiados para captar no cualesquiera comunicaciones (por ejemplo, los contenidos en papeles que porten mensajes o palomas mensajeras) sino sólo las que sean telecomunicaciones.

como en la nota 14, pág. 70.

<sup>71</sup> Así, pero sin esa última exigencia, Muñoz Conde, como en la nota 10, pág. 247.

<sup>72</sup> Al respecto, particularmente instructivo, de Vicente, como en la nota 1, pág. 168.

<sup>73</sup> Mantienen esta interpretación Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 25, frente a la propuesta de Morales (como en la nota 5, pág. 966) de limitar el primer inciso, respecto del correo electrónico a aquellos casos en que el mensaje ya ha sido impreso en papel. Parecido, Mata y Martín, pág. 131.

D. La tercera variante del artículo 197.1 consiste, con idéntica carga subjetiva, en la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen<sup>74</sup>, o de cualquier otra señal de comunicación<sup>75</sup>. Por cierto que la referencia a “cualquier otra señal de comunicación” permitiría abarcar no sólo a las señales comunicativas que hoy conocemos, sino también a otras que puedan ser descubiertas en el futuro<sup>76</sup>. Al respecto, es conveniente recordar que, con relación al delito de escuchas telefónicas introducido en 1984, la STC 34/1996 legitimó la interpretación de que en el mismo quedaban contempladas las inalámbricas<sup>77</sup>.

En este caso, el verbo típico comporta no sólo una dosis mayor de ambigüedad sino que conlleva un claro adelantamiento de la barrera de protección, reforzando la impresión de que en relación con las telecomunicaciones, la protección penal se independiza del contenido del soporte y de que éste se llegue a conocer. De ese modo, la materia de prohibición abarcaría la mera instalación y puesta en marcha del artificio o el empleo de los dispositivos indicados, anticipando la intervención a supuestos en que no se llega a captar la imagen o interceptar la comunicación<sup>78</sup>, esto es, como si se tratara de una suerte de acto preparatorio de la interceptación<sup>79</sup>.

Sin embargo, creo, por razones que no difieren en lo sustancial de las expresadas en el epígrafe anterior, que todavía se podría plantear la defensa de para la consumación se necesita, además de la instalación y puesta en marcha del artificio, que se capte el sonido o la imagen<sup>80</sup>. En aplicación de este criterio, en particular, el uso de los llamados *sniffers*, o programas rastreadores, cuando con el empleo de estos instrumentos no se llegue a acceder a datos íntimos y secretos, no me parece punible, salvo por tentativa,

Aunque sumamente próxima a la línea aquí cuestionada, creo que la STS 19-2-1997, pese a recuperar la idea de que la obtención de datos supone sólo el agotamiento delictivo, introduce algún matiz significativo, que reduce en algún caso la ampliación de la barrera penal. El matiz se evidencia no tanto cuando, a efectos consumativos, exige que los artificios técnicos, por lo menos, sean eficaces, como al añadir que «basta con que la audición se capte por el aparato y no por el agente», y concluir que, en definitiva, la consumación «tiene lugar en el instante en que se intercepta la conversación, bien directamente, en la primera modalidad delictiva, bien a través de los instrumentos o artificios de escucha».

<sup>74</sup> Para estos conceptos, de Vicente, pág. 167.

<sup>75</sup> Según Morón Lerma, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*, 1999, Pamplona-Aranzadi, pág. 50.

<sup>76</sup> Morón Lerma, cit., pág. 51.

<sup>77</sup> En la actualidad no hay duda que las mismas quedan abarcadas. En este sentido, por ejemplo, Jorge Barreiro, como en la nota 14, pág. 567; Morales, como en la nota 5, pág. 970 s.

<sup>78</sup> Así, Morales, como en la nota 5, pág. 969 s.

<sup>79</sup> De este criterio, Ruiz Marco, como en la nota 14, pág. 69.

<sup>80</sup> Muñoz Conde, como en la nota 10, pág. 248. Para el texto de 1984, ya González Guitián, “Escuchas clandestinas realizadas por particulares”, en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo VII, 1986, Madrid, Edersa, pág. 165 s. Más ambiguo, Mata y Martín, pág. 132: debe haber una interceptación efectiva.

E. Los objetos de las acciones típicas son diversos, pero en los casos que aquí interesan, deben reunir dos propiedades específicas: de una parte, su condición de señal comunicativa y, de otra parte, su capacidad para explicitar el bien jurídico protegido, esto es, para incorporar mensajes o contenidos comunicativos secretos o íntimos. Aún más, sin contenidos total o parcialmente reservados u ocultos, por usar una vieja terminología jurisprudencial<sup>81</sup>, el hecho no sería típico. No es seguro que la opinión dominante, sintetizable en la afirmación de que se cumplimenta la realización objetiva del tipo aunque no se alcance el descubrimiento efectivo de ningún *aspecto entrañable*, comporte una restricción que concierna a la idoneidad del objeto y menos a las propiedades y vínculos de los contenidos comunicativos a que acabamos de referirnos. Más bien la mayoría de los autores se limita a plantear la exigencia de que el instrumento delictivo, es decir, el dispositivo técnico, sea apto para captar imágenes, sonidos, etcétera, aptitud que, dada la apertura de su configuración típica, se convierte en el auténtico criterio delimitador de tales “artificios técnicos”. De todos modos, respecto del instrumento delictivo, esta restricción todavía resultaría insuficiente, pues aparte de su idoneidad debe exigirse su tecnificación<sup>82/83</sup>.

F. Con frecuencia se insiste en que la acción típica comporta una actuación subrepticia, clandestina... Sin duda, estos elementos son muy plásticos y especifican de modo muy concluyente determinadas características criminológicas de la delincuencia que con este precepto se persigue, pero, a mi juicio, tales no son elementos típicos definidores suficientemente precisos. Desde luego, no están contemplados en el tipo, cosa que en cambio sí ocurre con la falta de consentimiento del titular de los secretos o de la intimidad. Tampoco es un elemento típico concluyente que la interceptación sea ilícita (aunque si está amparada por el ordenamiento jurídico supondrá la ausencia de injusto). Conviene subrayar este aspecto para evitar, particularmente, que la doctrina de la prueba prohibida pueda contaminar la cuestión del alcance típico de esta modalidad de descubrimiento, en el sentido de la relevancia típica o en el de la irrelevancia. Como mucho, se trata de cuestiones secantes.

G. El precepto aparece configurado, como se ha planteado, con cierta carga subjetiva<sup>84</sup>, explicitada en la exigencia de que la interceptación o la utilización (también el apoderamiento) se lleven a cabo «para<sup>85</sup> descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», si bien, contra lo que opinan algunos autores<sup>86</sup>, no tanta como para imponer un dolo *redupli-*

*cado*, consistente en que el sujeto activo obre con el propósito de revelar la información. Esa interpretación tendría quizás mayor justificación —lo que no la haría obligada— en el caso de la primera alternativa subjetiva, pero no en el caso de la segunda, pues “vulnerar” la intimidad de otro es notablemente más fácil de concebir sin implicación de terceros<sup>87</sup>. Con todo, el elemento subjetivo incuestionado, la intención descubridora o vulneradora, es demostrativo, en ambos casos, de un exclusivo dolo directo e incompatible con el eventual. Su presencia es, en cualquier caso, un requisito típico imprescindible, que de no darse haría atípicos los hechos. Esta conclusión se puede obtener aunque no se convierta al tal elemento subjetivo en centro de gravedad del precepto. Dicho de otro modo, su relevancia no tiene por qué hacerse a costa de la presencia y vigor de otros elementos típicos.

H. Resulta evidente que la opción interpretativa seguida mayoritariamente restringe sustancialmente el campo de las formas imperfectas. No obstante, aún queda campo para incorporar a la tentativa a aquellos casos en que el sujeto es descubierto por la policía cuando estaba instalando el dispositivo<sup>88</sup>. Parece que la solución planteada por la *SAP Baleares 22-3-1997*<sup>89</sup>, que condena por tentativa la instalación en el despacho del alcalde de un micrófono descubierto antes de que tomara posesión no se acomoda completamente a la pretensión mayoritaria de desvincularse de especificaciones y concreciones en los elementos típicos.

I. Para terminar, soy consciente de que las líneas interpretativas propuestas, que desde luego no constituyen un arco cerrado ni completo y necesitarían de mayor desarrollo y concreción, comportan obvios riesgos de inseguridad para la intimidad y dejan abierto un flanco considerable respecto de actuaciones llevadas a cabo sobre todo por parte de organizaciones e instituciones particularmente poderosas. Sin embargo, dicho flanco puede en gran parte ser cubierto, y con cierto grado de inmediatez, por normas no penales, pero también por formas de aparición del delito punibles (de hecho, el planteamiento aquí seguido concede un margen significativo a la tentativa). También se debe tener en cuenta que los casos más graves de violación de la intimidad no comportan una única violación penal. Hechos relativamente recientes y suficientemente conocidos han puesto de manifiesto cómo en muchos de estos casos se trata de injustos masivos, que implican violaciones simultáneas de varios preceptos penales. Desde esta perspectiva y para hechos de estas características, el Derecho penal, y

<sup>81</sup> STS 8-3-1974.

<sup>82</sup> E incluso, aunque esto sea más dudoso, por no aparecer explícitamente en el tipo, cierta sofisticación

<sup>83</sup> De otra opinión Segrelles, cit., pág. 280.

<sup>84</sup> Creo que es posible interpretar el precepto contando con un desfase menor entre lo objetivo y lo subjetivo.

<sup>85</sup> Sobre esto, véase *infra*.

<sup>86</sup> Muñoz Conde, que, como se dijo, para el primer inciso, identifica intención de descubrir con intención de revelar, para los casos de interceptación, señala sólo que «igual que en la modalidad anterior, es necesario que se actúe para descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad» (como en la nota 10, pág. 248).

<sup>87</sup> Morales, como en la nota 5, pag. 967 s., cree que hubiera bastado con la segunda, y que la primera queda aquí vacía de contenido, resultando incluso superflua y distorsionadora, por cuanto pudiera hacer creer erróneamente (por razones sistemáticas y teleológicas) que se protegen secretos no personales, ajenos a la intimidad. También rechaza una eventual función hermenéutica selectiva y restrictiva que se proyectaría en el tipo objetivo, que llevaría a cualificar los objetos aprehendidos en el sentido de que «de forma efectiva aludan a la intimidad del sujeto», porque tal entendimiento sería incompatible con la estructura consumativa de la conducta, ajena al efectivo descubrimiento de la intimidad o el secreto personal.

<sup>88</sup> Ruiz Marco, como en la nota 14, pág. 70.

<sup>89</sup> Mencionada por Ruiz Marco, como en la nota 14, pág. 70

más el Derecho penal moderno, suele emplearse como una red compleja que por alguna vía termina alcanzando a estas conductas.

#### IV. EL DELITO DE INDISCRECIÓN (ART. 197.3) Y OTRAS MODALIDADES DE DIFUSORAS

A. El número 3 del artículo 197 contempla dos variantes de conductas de revelación y difusión estrechamente vinculadas con los dos números precedentes<sup>90</sup>. Por una parte, parece que, en el primer inciso («Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores») se establece una modalidad cualificada para sujetos activos que hayan intervenido (como autores o partícipes) en el descubrimiento, para el caso de que además difundan, revelen o cedan a terceros, lo que estaría fundamentado por la mayor gravedad del injusto, sobre todo por el incremento potencial del desvalor del resultado (aunque ello implique en este caso un mayor desvalor de la acción, en particular de su vertiente subjetiva, en la medida en que el sujeto debe abarcar con su dolo la difusión, revelación o cesión a tercero). La cualificación se realiza con la conducta de difusión, cesión o revelación, con independencia del número de destinatarios e incluso de que estos hayan llegado o no efectivamente a conocer, por ejemplo, los datos, siempre y cuando la conducta del sujeto activo sea adecuada para permitir que tales destinatarios accedan a los mismos<sup>91</sup>.

La discusión sobre la consumación del número 1 (y del 2) del artículo 197 afecta al alcance de este número 3. Quienes consideran que aquél no conlleva el descubrimiento, suelen creer que el número 3 sí comporta que el sujeto activo agote el delito básico, y por lo tanto que, antes de la difusión, haya descubierto el secreto y vulnerado la intimidad, entendiendo que en el 197.3 el ataque a la intimidad es doble: por el descubrimiento y por extender el secreto<sup>92</sup>.

B. El segundo inciso de este número 3 ha sido considerado como un tipo autónomo de *indiscreción*<sup>93</sup>, de naturaleza semejante al encubrimiento<sup>94</sup>. Castiga con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, al «que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado

parte en su descubrimiento<sup>95</sup>, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior». De todas formas, de reafirmarse esa autonomía, respecto de los números 1 y 2 del artículo 197, sería relativa, pues para que la indiscreción en cuestión sea punible no basta que se refiera a datos o hechos o imágenes que constituyen objeto material de tales números en general, siendo preciso que afecte a hechos concretos y punibles por esas vías. De esta forma, el número 3 presupone (sin perjuicio de que pueda ser admisible cierto grado de relativización de la accesoriedad) la comisión de un delito de los antes referidos<sup>96</sup> y además que el culpable conozca esa circunstancia, o, más precisamente, ese origen, aunque no tenga que saber detalles específicos del caso<sup>97</sup> y con independencia de que los datos hayan pasado por varias manos<sup>98</sup>, más o menos sucias, con tal que el sujeto conozca el origen delictivo<sup>99</sup>. Por lo tanto, no comete este delito quien difunde, revela o cede a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas ilegalmente, si tal ilegalidad no constituye un hecho penalmente perseguible<sup>100</sup>. Tampoco lo cometerá cuando el sujeto esté convencido erróneamente del origen delictivos de los datos, hechos o imágenes.

C. El artículo 199 contempla, en el número 1, el llamado «quebrantamiento de deberes de discreción en la esfera laboral» («El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses»)<sup>101</sup>. El número 2 la llamada «violación del secreto profesional» («El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años»). Ambos casos suponen el quebrantamiento, o mejor, la revelación (aquí por lo menos hay que considerar sinónimos los términos revelar y divulgar, so pena de incongruencia<sup>102</sup>) de secretos personales adquiridos en virtud de roles profesionales más o menos peculiares. Se trata deli-

<sup>90</sup> Martín-Casallo, como en la nota 3, pág. 20, dice que estos son complementarios del número 3.

<sup>91</sup> Admiten la tentativa cuando se realicen actos dirigidos a difundir pero la divulgación no llega a producirse por motivos ajenos a la voluntad del sujeto, Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 42. Carbonell/González Cussac, como en la nota 4, pág. 292 s., afirman que son posibles las formas imperfectas, cuando el sujeto activo lleva a cabo actos ejecutivos de divulgación, pero no consigue transmitir el conocimiento reservado, pero, dado que el tipo agravado presupone el básico, si no hay divulgación se aplicará éste, no la tentativa.

<sup>92</sup> Así, Ruiz Marco, como en la nota 14, pág. 87 s., siguiendo a Carbonell/González Cussac, 1999, pág. 292, que no obstante consideran pensable que se divulgue un documento sin conocer su contenido o sin comprender su significado.

<sup>93</sup> Morales, como en la nota 5, pág. 987.

<sup>94</sup> Carbonell/González Cussac, como en la nota 4, pág. 293.

<sup>95</sup> Prevision que a mi juicio refuerza nuestra propuesta interpretativa para el 197.1 (véase supra).

<sup>96</sup> Según la SAP Navarra 30-12-1998 el tipo exige que el delito previsto este consumado. Lo mismo Carbonell/González Cussac, 1999, como en la nota 4, pág. 293.

<sup>97</sup> En este sentido la SAP La Rioja, 3-12-1999.

<sup>98</sup> Señalan Carbonell/González Cussac, como en la nota 4, pág. 293; no solo se castiga al que difunde los secretos de primera mano, sino a todo aquel que va actuando como eslabón de una larga cadena.

<sup>99</sup> Pese a lo dicho, probablemente aquí se podrían introducir algunos elementos objetivadores que limitarían la retroacción y harían innecesario para determinar la atipicidad del hecho el recurso al tipo subjetivo. Pero esto necesitaría un estudio más detallado. Sin duda, un elemento limitador lo es que, al pasar por tantas manos, la información haya dejado de ser secreta (Carbonell/González Cussac, como en la nota 4, pág. 293).

<sup>100</sup> En cambio, según Carbonell/González Cussac, como en la nota 4, pág. 293, por lo menos en cuanto al conocimiento del sujeto, señalan que basta que la procedencia sea ilícita, que no necesariamente delictiva.

<sup>101</sup> El precepto abarca como sujetos activos tanto a trabajadores como a empresarios (AAP Barcelona, 24-1-2000).

<sup>102</sup> Cfr. Morales, pág. 993; Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 49 s., mencionando alguna jurisprudencia que ha ignorado estos desequilibrios (SAP Huesca 15-3-1999) y otra que los ha tenido en cuenta (SAP Huesca 27-1-2000).

tos especiales, acentuándose en el número 2 la presión punitiva por la violación de un distintivo deber de sigilo que incumbe a ciertos profesionales, singularmente cualificados por su titulación<sup>103</sup>, junto con las peculiaridades de los secretos desvelados<sup>104</sup> (gráficamente la posición de estos sujetos se ha definido como de "confidentes necesarios"). En todo caso, sobresale en estas figuras la necesidad de coordinar las exigencias típicas no muy específicas, pero en todo caso suficientes para poder subrayar el origen profesional del conocimiento de los datos, con otras derivadas del principio de adecuación social en general<sup>105</sup> o las específicas del rol profesional concreto que resulten de las normas profesionales en el caso del número 2, así como con la efectiva lesión del derecho a la intimidad que es en última instancia el bien jurídico protegido<sup>106/107</sup>. Probablemente estas exigencias materiales puedan resolverse convenientemente conforme a las pautas proporcionadas por la teoría de la imputación objetiva<sup>108</sup>, que permitiría tener en cuenta no sólo la perspectiva *a priori*, esto es la aptitud y entidad de la conducta para afectar del modo típico la intimidad, sino también datos y hechos concurrentes *ex post*. Al margen de ello, el sujeto activo debe obrar dolosamente y en particular con intención de desvelar los secretos y violar la intimidad.

D. A estas variantes de difusión hay que añadir la contemplada en el segundo inciso del número 4 del artículo 197, que comporta una agravación de pena cuando el sujeto activo es encargado o responsable de los ficheros..., así como las que correspondan por la aplicación de otras cualificaciones, como la relativa al caso de que el sujeto pasivo sea autoridad o funcionario público del artículo 198.

## V. OTRAS PREVISIONES DEL CAPITULO, EN ESPECIAL LA AMPLIACION DE LA PROTECCION A DATOS RESERVADOS DE PERSONAS JURIDICAS (ART. 200)

A. El número 4 del artículo 197 contempla una significativa agravación de las penas previstas en los números 1 y 2 por razón del sujeto activo, que alcanza concretamente a los encargados o responsables

de los ficheros, soportes informáticos o telemáticos, archivos o registros. Para precisar el alcance de esta previsión habrá que estar a las definiciones sobre tales roles de la legislación administrativa, si bien será precisa una específica relación con el fichero, soporte... sobre el que recae la acción, de manera que en el caso concreto se acredite la doble fundamentación de la agravación que alcanza tanto al desvalor de la acción como al del resultado<sup>109</sup>, para cuya determinación se puede acudir a bases análogas a las empleadas para delimitar el alcance de la comisión por omisión<sup>110</sup>. En todo caso, lo que se castiga no es una omisión, como por ejemplo, tolerar o no impedir que otros vulneren los registros que custodia, sino conductas positivas consistentes en apoderamiento<sup>111</sup> o difusión, revelación o cesión<sup>112</sup>. Según Orts/Roig<sup>113</sup>, para saber quienes son tales responsables, se estará al artículo 3 d) de la LO 15/1999, que atiende a la facultad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, y que permite abarcar al administrador de hecho. En realidad, la agravación afectará prioritariamente a número 2, aunque no pueda excluirse su virtualidad en determinados supuestos del número 1<sup>114</sup>.

Valga esta particularidad subjetiva agravatoria, para traer a colación otra cualificación, contemplada no obstante en el artículo siguiente, el 198, basada también en las cualidades del sujeto activo. Aunque con un fundamento diverso<sup>115</sup>, y planteando una problemática propia, fundamentalmente de carácter concursal<sup>116</sup>, el artículo 198 agrava la responsabilidad penal para todas las modalidades del artículo 197, cuando las conductas en cuestión son realizadas, prevaliéndose de su cargo, por autoridades o funcionarios públicos fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa por delito. Precisamente este requerimiento, junto con la exigencia de que sin encomienda directa de cuidado tenga acceso a los datos por razón de su función<sup>117</sup>, se convierten en elementos principales, aunque no únicos, para establecer la solución a los concursos y, en última instancia, al ámbito típico del precepto, que permitirá albergar una parte significativa de los ataques a la intimidad provenientes de esferas más o menos superficiales de los poderes públicos<sup>118</sup> (en este sentido

<sup>103</sup> Carbonell/Gonzalez Cussac, como en la nota 4, pág. 296

<sup>104</sup> Cfr. Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 50 ss.

<sup>105</sup> En dicho contexto creo que se puede situar la exigencia que habría de concurrir para castigar por el párrafo primero de que el sujeto también este vinculado por un deber de reserva que plantean Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 49.

<sup>106</sup> Cfr. Morales, pág. 992 s. En especial, pues, la información divulgada aparte de secreta ha de guardar relación con la intimidad. Cfr., al respecto, Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 53-56, mencionando el criterio parecido de la SAP Las Palmas 3-12-1999 y la STS 4-4-2001 (centrándose en cambio en la exigencia de secreto, la STS 5-7-1999).

<sup>107</sup> Por el contrario, no hay que recurrir a otros intereses adicionales susceptibles de protección por eso resulta impugnabile la invocación a que los hechos revelados (haber abortado) no supongan desdoro alguno para la demandante, que hace la SAP Valencia 14-5-1999 para absolver, de manera que se comprende que la STS 4-4-2001 (aunque sin incidir abiertamente en la cuestión de fondo) casara dicha sentencia (cfr. Ruiz Marco, como en la nota 14, pág. 101)

<sup>108</sup> Perspectiva que podría dar un acomodo sistemático adecuado a la discusión sobre el tiempo que es relevante a efectos penales la obligación de sigilo y si pervive y hasta cuándo una vez cesada la relación laboral o profesional.

<sup>109</sup> Sobre esta doble fundamentación, Morales, como en la nota 5, pág. 985

<sup>110</sup> En este sentido, Carbonell/Gonzalez Cussac, como en la nota 4, pág. 294.

<sup>111</sup> En mi opinión, el hecho de que el encargado de unos ficheros pueda realizar el número 1 del artículo 197 sería un argumento coadyuvante de la necesidad de que la conducta típica en tal caso comporta no el mero apoderamiento, sino además el descubrimiento de los secretos que contienen.

<sup>112</sup> Cfr. en ese sentido, Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 43, que sitúan la fundamentación no en una especial posición de garante respecto a los datos custodiados, sino en la infracción del deber de fidelidad y corrección en el desempeño de sus funciones en materia de confidencialidad.

<sup>113</sup> Como en la nota 23, pág. 43.

<sup>114</sup> Morales, como en la nota 5, pág. 984.

<sup>115</sup> Cfr. Prats Canut, "Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código penal", *CDJ*, 1996/III, pág. 241-268

<sup>116</sup> Prestan cierta atención a estas cuestiones, Morales, como en la nota 5, pág. 989; Muñoz Conde, como en la nota 10, pág. 250; Orts/Roig, como en la nota 23, pág. 46 s.

<sup>117</sup> Cfr. la SAP Madrid 19-6-1999.

<sup>118</sup> A este menester, sin duda, es paradigmática la STS 23-3-2001 sobre el caso de las escuchas del CESID. De un caso más circunscrito y casero se ocupa la SAP Madrid 19-6-1999.

esta parte de la delincuencia contra la intimidad, sobre todo usando medios tecnológicos avanzados, en parte puede calificarse de "crímenes de Estado") que sin duda merecen un esfuerzo analítico específico, que aquí no es posible llevar a cabo.

B. Otra expresión del torrente agravatorio que se desplaza por el artículo 197 es el número 5. En este caso, la razón cualificadora es doble: de un lado, afectando a lo que se ha denominado el "núcleo duro" de la *privacy* o, con más precisión a datos sensibles (en su mayoría) contemplados en el artículo 7 de la LO 15/1999, sobre los que pesan importantes restricciones en orden a su tratamiento<sup>119</sup>, (concretamente, datos personales reveladores de la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual), por lo que su estrecha relación con el artículo 197.2 salta a la vista, aunque resulta aplicable también al artículo 197.1. Y, de otro, siguiendo una tendencia abiertamente instalada en la política-criminal moderna, el incremento de protección tratándose de menores o incapaces<sup>120</sup>. De todas formas, el plus punitivo que plantea este número 5, en tanto se refiere a «los hechos descritos en los apartados anteriores», no se contrae a las variantes de abuso de datos, lo que puede ser conflictivo.

C. Considerada muy en bruto, la criminalidad informática se ha vinculado predominantemente con propósitos vindicativos o gratuitos. Sin embargo, más recientemente se está subrayando la presencia de una importante manifestación criminológica, plasmada sobre todo en el tráfico de datos<sup>121</sup>, que responde a una finalidad lucrativa, e incluso alcanza el carácter de profesional<sup>122</sup>. En parte, para afrontar esta realidad criminológica, pero también respondiendo a una arraigada convicción de que la presencia de fines lucrativos manifiesta un mayor desvalor de injusto, el número 6 incrementa las penas, situándolas ya, cuando concorra con otros fundamentos agravatorios (en especial la naturaleza sensible de los datos), en el ámbito de las penas graves, y en un terreno a mi juicio desproporcionado. Concretamente, la agravación se refiere a si los hechos se realizan con fines lucrativos. Por lo tanto, el fundamento del incremento punitivo se contrae a la presencia de un nuevo elemento subjetivo que se habrá de acumular a los que ya cargan significativamente los tipos considerados<sup>123</sup>, sin que por lo tanto sea preciso que el agente o un tercero<sup>124</sup> haya logrado el lucro efectivo que perse-

guía<sup>125</sup>, ni siquiera que de las conductas incriminadas se haya derivado un específico perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo.

D. Un aspecto característico de la delincuencia informática es que en numerosos casos los ataques se dirigen contra personas jurídicas. Desde luego, en la mayoría de los delitos anteriormente referidos, puede ocurrir, y eso será más habitual cuanto más avanzado tecnológicamente sea el medio, cuando las acciones recaigan sobre soportes o vías en manos de personas jurídicas.

A primera vista, para afrontar este fenómeno se habría introducido el artículo 200, que reza así: «lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código». Sin embargo, la virtualidad de la protección de la intimidad a través de este precepto, y la posibilidad de considerar a las personas jurídicas como sujetos pasivos para el mismo, es limitada, no tanto porque como pone de relieve la expresión subrayada hay, otros preceptos preferentes<sup>126</sup>, que en realidad se refieren no a dicho bien jurídico, sino a otros intereses empresariales, sino ante todo porque la posibilidad de reconducir la intimidad a las personas jurídicas sólo es, según doctrina del Tribunal Constitucional<sup>127</sup>, a título vicarial y en tanto los quebrantos de la intimidad puedan repercutir en la de las personas que la encarnan (sentencia 139/1995 y autos 257/1985 y 221/1990).

De hecho, la doctrina penal, aparte de calificar de extraña esta cláusula<sup>128</sup>, opta por dar un alcance restrictivo a dicho precepto<sup>129</sup> e incluso aplica la doctrina constitucional transcrita, limitando el alcance del artículo 200 a un mecanismo de extensión instrumental de la tutela de la intimidad que se referiría sólo a socios, empleados o directivos y a terceros cuyos datos son tratados y gestionados por la persona jurídica<sup>130</sup>, supuestos que, a mi juicio, más bien, deberían incluirse directamente en los preceptos de referencia, de manera que entonces el artículo 200 resultaría ineficaz<sup>131</sup>, y quedaría como mero recordatorio de que las violaciones a personas jurídicas pueden afectar a personas físicas y ser punibles<sup>132</sup>. No obstante, también se le atribuyen

<sup>119</sup> Martín-Casallo, pag. 385

<sup>120</sup> En particular, sería prioritario el artículo 278 que criminaliza el descubrimiento de secretos de empresa.

<sup>121</sup> No obstante, entre otras, las sentencias 137/1985 y 164/1988 las legitiman para ser titulares de derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones.

<sup>122</sup> Morales, como en la nota 5, pag. 1003 No menos crítico, pero buscándole un sentido al precepto, Díaz-Maroto "Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio en el Código Penal de 1995", *La Ley*, 1996, acude a la estrecha relación entre la intimidad y el honor, derecho que si le es reconocido a las personas jurídicas

<sup>123</sup> Morales, como en la nota 5, pag. 1003, Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 58-60 Rodríguez Ramos, como en la nota 5, pag. 232.

<sup>124</sup> Así la SAP Madrid 28-4-1999 En la doctrina, Morales, como en la nota 5, pag. 1003, Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 590 s, sumando a las reflexiones sobre el particular de Queralt, como en la nota 25, pag. 187

<sup>125</sup> No obstante ha hecho uso del mismo respecto de un caso de apoderamiento mediante fotocopiado de documentos confidenciales y reservados relativos al activo y pasivo de una tercera empresa y la distribución las copias, la SAP Alicante 22-3-1999

<sup>126</sup> Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 60

<sup>119</sup> Además del artículo 16.2 de la CE, el artículo mencionado y el 4.2 de la misma LO, véanse el RD 994/1999 de 9 de junio, el Convenio 108 del Consejo de Europa (art. 6) y la Directiva 95/46/CE (art. 8), el art. 7. Vid. también la Consulta 1/1999 de la FGE y, de la jurisprudencia constitucional, especialmente, la STC 94/1998.

<sup>120</sup> No me resisto a traer a colación la relación planteada por algunos autores entre la indemnidad sexual y la intimidad. Al respecto, Díez Ripollés, "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", *RDPC*, 6 (2000), pag. 94 ss

<sup>121</sup> Esto es, el "mercado de información ilegal" (Morales, como en la nota 5, pag. 986).

<sup>122</sup> Esto comportaría cierta habitualidad, que no obstante, como tampoco la profesionalidad no está en el tipo (vid. Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 45).

<sup>123</sup> Crítico con la técnica de agravación basada exclusivamente en elementos anímicos o subjetivos, Morales, pag. 986

<sup>124</sup> En este sentido la finalidad lucrativa puede perseguirse para sí mismo o para tercero (así, López Barja de Quiroga/Pérez del Valle, como en la nota 46, pag. 2.325 Igual, Ruiz Marco, como en la nota 14, pag. 96).

otras funciones más específicas que resultan plausibles, el de permitir que los representantes de la persona jurídica puedan denunciar los delitos del capítulo I, cosa que de carecer de tal precepto no sería posible dado que el artículo 201.1 legitima sólo al agraviado<sup>133</sup> (véase, no obstante, infra). O, más discutible o por lo menos más matizable, la de permitir que el consentimiento de sus representantes determine la no punibilidad del hecho<sup>134</sup>.

## VI. SOBRE LA PERSEGUIBILIDAD Y EL PERDON (ART. 201)

A El capítulo I se cierra con el artículo 201 que empieza, en el número 1, por introducir un régimen restrictivo de la perseguibilidad de estos delitos, limitándola a la presentación de denuncia por el agraviado o su representante legal<sup>135</sup> o, cuando el agraviado sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, al Ministerio Fiscal, que igualmente «podrá denunciar», lo que será de interés particularmente cuando los ataques provengan del representante legal. La doctrina suele coincidir en que el requisito de perseguibilidad se debe además de a la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico<sup>136</sup>, a que dada la configuración de la intimidad, el proceso penal puede convertirse precisamente en un instrumento que amplifique el daño a la misma, de forma que al restringirla del modo indicado se ofrece al agraviado la posibilidad de calibrar si le interesa desde esa perspectiva abrir o no el proceso penal<sup>137</sup>. No obstante, se ha cuestionado la fórmula elegida por excesiva, prefiriéndose una más equilibrada como la que rige en el artículo 191.1, para algunos delitos sexuales, o directamente habilitando al Ministerio Fiscal cuando se trate de intromisiones sofisticadas que normalmente sólo serán descubiertas por inspectores de la AEPD pero que pasarán inadvertidas a la víctima<sup>138</sup>.

B. No obstante, siguiendo un modelo presente en otros preceptos (arts. 287 y 296), dicha restricción se levanta (número 2 del art. 201) por hechos descritos en el artículo 198<sup>139</sup> o cuando la «comisión del delito [ha de entenderse del 197 y del 199, pero también del 200] afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas» —a lo que obviamente los ataques informáticos pueden contribuir especialmente—.

Se identifican con tales supuestos, por ejemplo, los casos de fuga de datos masiva a paraísos informáticos o de abuso informático sobre datos que afecten a una pluralidad de personas<sup>140</sup>, más precisamente a un número considerablemente elevado de personas —incluso exigiendo cierta diversidad de procedencia, distinta a la que pudiera darse en un grupo numeroso de una misma familia<sup>141</sup>. En cuanto a la cláusula “intereses generales” se limitaría a aquellos supuestos en que el delito tenga trascendencia pública o relevancia social afectando a una comunidad social no familiar<sup>142</sup>.

En tales casos, en consecuencia, recobra su vigencia el régimen general de perseguibilidad, de manera que cabrá incluso el recurso a la acción popular.

C. Pese a la salvedad indicada, el número 3 acentúa la “privatización”, al reconocer valor extintivo de la responsabilidad penal al perdón (si bien salvaguarda lo dispuesto en el artículo 130.4 respecto a menores o incapaces). A mi juicio, esto se debe no tanto al carácter personal del bien jurídico protegido (aunque este aspecto no es obviamente ajeno), como otras circunstancias más complejas, que tampoco se agotan en la entidad del ataque (dado que en principio el perdón puede ser invocado respecto de casos en que la pena aplicable se acerque a los siete años de prisión), y que aún estando vinculadas con la ideología reparadora y su versión preventivo-general positiva (mejor, aseguramiento de la confianza normativa que la pena)<sup>143</sup>, responden a razones más específicas y controvertidas<sup>144</sup>. Quizás, sobre este asunto, y sobre el relativo a la perseguibilidad, deba explorarse una lectura “reflexiva” de esta reprivatización del ius persequendi, en el sentido de que tal vez aquí el legislador haya adelantado, con mejor o peor fortuna, cierta configuración del interés en juego típica de los llamados derechos de tercera generación<sup>145</sup>.

En términos jurídico-positivos se debe destacar que según el número 3, el perdón se extiende no sólo a la acción penal sino también a la pena impuesta, lo que en principio supone una modificación del régimen general, de manera que el perdón alcanzará incluso a los casos en que se estuviera cumpliendo condena<sup>146</sup>. De la subrayada excepción a la regla de procedibilidad habrá de resultar, en buena lógica, aunque no lo diga el Código, que los efectos del perdón decaen cuando la comisión del hecho afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas<sup>147</sup>.

<sup>133</sup> Morales, como en la nota 5, pag. 1003.

<sup>134</sup> Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 592. Aparentemente en contra, Ruiz Marco, como en la nota 14, pag. 104.

<sup>135</sup> Un orden que es escalonado y excluyente (Carbonell/González Cussac, como en la nota 4, pag. 297).

<sup>136</sup> Muñoz Conde, como en la nota 10, pag. 251; Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 60.

<sup>137</sup> Morales, pag. 1006; Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 593, acentuando también en cuanto su fundamentación el carácter eminente personal del bien jurídico. Igual, Ruiz Marco, como en la nota 14, pag. 105.

<sup>138</sup> Morales, pag. 1006 s. Además, da cuenta de que la SAP Valladolid 14-7-1998 legítimo a una asociación de parapléjicos cuyo fichero de datos personales fue vulnerado. A mi juicio, en principio, dada la pluralidad de sujetos afectados, no es preciso acudir a una acepción amplia del concepto de agraviado, que en cambio creo que debería permitir abarcar tanto al titular del documento, por ejemplo, como al del derecho a la intimidad afectado, cuando no coincidan.

<sup>139</sup> En razón de los intereses generales implicado (Orts/Roig, como en la nota 23, pag. 60).

<sup>140</sup> Morales, pag. 1007.

<sup>141</sup> Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 593.

<sup>142</sup> Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 593, crítico con el uso de estas cláusulas indeterminadas.

<sup>143</sup> Al respecto, cfr. García Pérez, *La punibilidad*, 1997, Pamplona: Aranzadi, pag. 219-221.

<sup>144</sup> Críticamente, sobre todo, sobre la extensión de eficacia del perdón más allá de la firmeza de la sentencia, Jorge Barreiro, como en la nota 14, pag. 594; Morales, pag. 1007.

<sup>145</sup> Esto es, plantean una nueva racionalidad correctora o superadora de la lógica intervencionista regida tanto por el principio de autogobierno como por el principio participativo (sobre ello, la Segunda Parte).

<sup>146</sup> Así, Morales, como en la nota 5, pag. 1007.

<sup>147</sup> Así la STS 9-10-2000. Coincidentes, Carbonell/González Cussac, como en la nota 4, pag. 298, Rodríguez Ramos, como en la nota 5, pag. 234, pero introduciendo, aunque con cautelas, la salvedad de que todos los afectados otorgasen el oportuno perdón.